



La jurisprudence de John Austin

Alexandre Guigue

► To cite this version:

Alexandre Guigue. La jurisprudence de John Austin : A propos de The Province of Jurisprudence Determined et The Use of the Study of Jurisprudence. *Jurisprudence. revue critique*, 2010, pp. 277 à 292. hal-01131637

HAL Id: hal-01131637

<https://hal.univ-grenoble-alpes.fr/hal-01131637>

Submitted on 16 Mar 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LA JURISPRUDENCE DE JOHN AUSTIN

À PROPOS DE *THE PROVINCE OF JURISPRUDENCE DETERMINED* ET *THE USES OF THE STUDY OF JURISPRUDENCE**

PAR ALEXANDRE GUIGUE**

Alors qu'il a joué un rôle certain dans l'histoire du positivisme juridique, John Austin demeure peu connu en France. Successivement avocat, professeur de jurisprudence et chargé de mission pour la Couronne britannique, il n'a publié qu'un seul ouvrage de son vivant à partir de ses cours. Dans *The Province of Jurisprudence Determined*, Austin développe une conception du droit qui, si elle reçoit l'influence des philosophes britanniques, n'en est pas moins originale pour l'époque. Par une réduction de l'objet de la jurisprudence à un ensemble de commandements assortis d'une sanction et posés par un souverain habituellement obéi, Austin jette les bases des positivismes modernes. Il rompt aussi avec l'exposé systématique du droit positif pour fonder une discipline nouvelle dans la Grande-Bretagne du XIX^e siècle: la jurisprudence générale, plus connue désormais sous le nom de théorie générale du droit.

Although he played a significant part in the history of legal positivism, John Austin is not very well known in France. Successively a lawyer, a professor of jurisprudence and a Royal commissioner, he published only one book during his life, based on his lectures. In *The Province of Jurisprudence Determined*, Austin develops a concept of law which is, although influenced by the greatest english philosophers, very peculiar for the time. By reducing the subject of jurisprudence to a set of commands accompanied by sanctions and generated by a generally obeyed sovereign, Austin sets the foundations of modern positivism (s). He also rejects systematic presentations of legislation and creates a new legal discipline which appeared in Great-Britain during the XIXth century: general jurisprudence, now better known as legal theory.

* À l'initiative de Hart, les deux écrits ont fait l'objet d'une publication dans un seul et même ouvrage en 1954. J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, Explications préliminaires, Indianapolis/Cambridge, Hackett Publishing Company, 1954, 396 p. Dans cette étude, sauf mention contraire, toute référence aux deux travaux renverront à cette édition sous les abréviations *The Province* et *The Uses*. Les traductions françaises présentes dans cette étude sont les nôtres sauf quand il s'agit de passages contenus dans l'essai « *The Uses* » ainsi que l'*Outline* à ses lectures (texte introductif à ses cours). Nous empruntons dans ce cas les traductions de G. Henry in J. AUSTIN, *La philosophie du droit positif*, Paris, LGDJ, A. Rousseau, trad. G. Henry, 1894, 60 p.

** Maître de conférences, Université de Savoie (alexandre.guigue@univ-savoie.fr).

Un retour sur l'œuvre de John Austin est aujourd'hui une nécessité. Dans le contexte de la naissance de *Jurisprudence revue critique*, une première raison tient au terme «jurisprudence». John Austin fut le premier titulaire d'une chaire de jurisprudence à l'université de Londres nouvellement créée et le terme est omniprésent dans ses écrits. Le titre de son ouvrage *The Province of Jurisprudence Determined*¹ témoigne de son objectif d'une délimitation précise du champ de ce qu'il appelle «jurisprudence». Nulle part dans les six *Lectures* qui constituent l'ouvrage n'est-il pourtant question de décisions de justice. Le mot a pour Austin un sens très particulier dont l'ambition rappelle celui de cette revue. Une deuxième raison tient à un paradoxe. Alors qu'Austin est assez peu étudié en France², sa pensée a joué un rôle considérable dans l'histoire du positivisme, de la philosophie analytique et de la théorie du droit. S'il a grandement influencé la doctrine anglo-saxonne, on sait peu son importance pour Kelsen. En 1954, Hart n'hésite pas à écrire la chose suivante à ce propos :

«On the Continent his work remained almost unknown till the end of the last century and perhaps because of this Kelsen's 'pure theory' of law which has much in common with Austin's doctrine made so great an impact on Continental jurists³».

1 J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, Londres, John Murray, 1832, 391 p.

2 Olivier Cayla salue ainsi l'importance de son œuvre en présentant son quasi-homonyme John Langshaw Austin dans le Dictionnaire des grandes œuvres juridiques. Il indique même que le lecteur aurait pu s'attendre à trouver l'autre Austin dans l'ouvrage, le «philosophe du droit qui marqua l'histoire du positivisme juridique». On doit cependant se contenter de références diffuses en lisant les développements consacrés à Hart, Dicey ou Mill... in *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, dir. O. Cayla et J.-L. Halpérin, Paris, Dalloz, 2008, p. 14.

3 «Sur le Continent son œuvre demeura presque inconnue jusqu'à la fin du siècle dernier et peut-être pour cette raison la théorie pure du droit de Kelsen qui a beaucoup de points communs avec la doctrine de Austin eut un si grand impact sur les juristes continentaux». H.L.A. HART, *Introduction*, in *The Province of*

Ce manque mérite d'être comblé et nous entendons y contribuer en attirant l'attention sur la vie et la pensée de celui qui fut professeur de jurisprudence. Après des présentations biographiques et bibliographiques, notre analyse se portera sur le seul ouvrage publié de son vivant *The province of jurisprudence determined* complété par le court appendice *The Use of the Study of Jurisprudence* qui se substitua à la traditionnelle introduction qui précédait ses cours. Enfin, il importe de situer Austin dans l'histoire de la pensée sur le droit. Le contexte philosophique et juridique de son œuvre et l'influence qu'il a notamment exercée sur Hart et sur Kelsen font de lui un lien essentiel entre la tradition jusnaturaliste de ses prédécesseurs et l'essor du positivisme juridique après lui.

1. La vie de John Austin

La vie de John Austin est instructive à plus d'un titre⁴. Ce qui frappe d'abord est qu'il connaît trois carrières distinctes⁵ et que celle de professeur n'est pas

Jurisprudence Determined and The uses of the Study of Jurisprudence, op. cit., p. XVIII.

4 Il existe de nombreux exposés de la vie d'Austin. Les informations biographiques présentées dans cet article sont issues des souvenirs de Sarah Austin en préface aux *Lectures on Jurisprudence* (London, John Murray, Albemarle Street, 4^e éd., 1879, p. 1-31) et de la préface de Hart en introduction à la réédition de *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*, op. cit., p. IX à XVIII. Les deux textes sont très complémentaires. Sarah Austin apporte de très nombreux détails sur chaque période de sa vie tandis que Hart agrmente son exposé d'une analyse de sa pensée et de son influence sur la doctrine juridique. Parmi les très nombreux écrits sur Austin, on trouve des explications éclairantes in W.E. RUMBLE, *Doing Austin Justice, The reception of John Austin's Philosophy of Law in Nineteenth Century England*, Londres, Continuum studies in British Philosophy, 2005, ainsi que dans l'ouvrage de Clarence Morris, *The Great legal Philosophers, Selected Readings on Jurisprudence*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2^e éd., 1963, p. 335 et 336. À la fin de sa préface, Hart dresse une liste des écrits évoquant la vie de Austin.

5 Outre son engagement dans l'armée, les trois carrières sont celles d'avocat, de professeur et de chargé de mission pour le

la plus longue. Il est même contraint de démissionner parce que les étudiants désertent ses cours! Ensuite, Austin n'a publié qu'un seul ouvrage, notamment parce qu'il éprouve les pires difficultés quand il s'agit d'écrire en raison de l'extrême rigueur qu'il s'impose. Enfin, la richesse des débats qu'il a entretenus à différents moments de sa vie a de quoi impressionner. À Londres, ses voisins se nomment Jeremy Bentham, James et John Stuart Mill. À Bonn, il devient ami avec Niebuhr et Von Schlegel, et à Berlin, il est impressionné par Savigny qu'il considère comme un de ses maîtres. Son épouse Sarah se fait aussi l'écho de vibrants hommages qu'elle a reçus de personnes illustres comme celui de Guizot qui considérait Austin comme «un des hommes les plus distingués, un des esprits les plus rares, et un des cœurs les plus nobles [qu'il ait] connus»⁶.

Première carrière (1818-1825). John Austin est né en 1790. Fils aîné d'un meunier prospère de Ipswich, il rejoint l'armée en 1806 en qualité de lieutenant à Malte et en Sicile. En 1812, il démissionne pour étudier le droit. Il entame une carrière d'avocat en 1818 et épouse Sarah Taylor l'année suivante. Le couple s'installe à Londres dans le «centre intellectuel du mouvement en faveur de la réforme»⁷. Leur maison jouxte pratiquement celle de James Mill et ils peuvent apercevoir «le jardin de Bentham où leur fille unique Lucie jouait avec John Stuart Mill»⁸. Pour plusieurs raisons et notamment en raison d'une santé déjà précaire, sa carrière d'avocat est un échec. Il s'interrompt après sept années de pratique.

Deuxième carrière (1826-1834). Par chance, en 1826, il se voit confier la chaire de professeur de jurisprudence à l'université de Londres nouvellement fondée. Il entame alors une carrière enthousiasmante qui constitue un tournant décisif pour son œuvre future. Afin de préparer ses cours, il s'installe à Bonn pendant deux ans. Il entreprend l'étude des Institutes de Gaius, des Pandectes et des travaux d'Hugo, Thibaut et Savigny. En 1828, ses premiers cours sont très suivis, notamment par les membres du cercle benthamien⁹. Le succès est néanmoins de courte durée. Son enseignement est peu adapté à des étudiants impatients de se concentrer sur la pratique professionnelle. Progressivement, ils se font rares et mettent en péril sa chaire qui n'est pas dotée et dépend des frais d'inscription¹⁰. La mort dans l'âme, Austin démissionne. Sur l'insistance de son épouse, une version étendue de ses cours est publiée en 1832 sous le titre *The Province of Jurisprudence Determined*. En 1834, Austin reprend son enseignement au Inner Temple mais doit abandonner encore plus vite, ce qui marque le terme prématuré de sa carrière de professeur.

Troisième carrière (1833-1838). Avant la reprise de ses enseignements au Inner Temple, Austin a une autre occasion de mettre à l'œuvre ses talents de juriste. En 1833, l'influence de certains de ses amis lui permet d'être nommé à la commission parlementaire sur le droit pénal (*criminal law Commission*). D'abord enthousiaste, il déchanté une fois de plus lorsqu'il s'aperçoit que les pouvoirs conférés à la commission ne lui permettent pas d'engager un travail de fond. En outre, ce qui lui paraît devoir présider à toutes réformes diffère profondément de l'opinion de ses collègues. Il lui est alors difficile de percevoir de l'argent public pour un résultat qu'il sait

Gouvernement (réforme en matière pénale et mission à Malte).

6 S. AUSTIN, Préface de Sarah Austin à la première édition des *Lectures on Jurisprudence*, op. cit., 1861 p. 16.

7 Ce sont les termes de Hart. *Introduction, The Province of Jurisprudence Determined*, op. cit., p. IX.

8 C. MORRIS, *The Great legal Philosophers, Selected Readings on Jurisprudence*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2^e éd., 1963, p. 335.

9 Hart cite les noms de certains étudiants dont faisaient partie John Stuart Mill, George Cornewall Lewis, Romilly, Erle et Charles Buller. *Introduction, The Province of Jurisprudence Determined*, op. cit., p. VIII.

10 C. MORRIS, *The Great legal Philosophers*, op. cit., p. 335.

déjà condamné. Il démissionne après avoir signé les deux premiers rapports de la commission et s'installe à Boulogne. Presque immédiatement après, il obtient une nouvelle mission. Le *colonial Office* lui propose de partir à Malte en qualité de commissaire du roi pour s'occuper des doléances des natifs de l'Île et envisager les réformes nécessaires. Cette activité lui procure quelques satisfactions. Ses recommandations dans toutes sortes de domaines sont suivies et ses projets de réforme deviennent plus nombreux. La mission est cependant brutalement stoppée après deux années et Austin perçoit une rétribution importante de 3 000 livres. Le métier d'écrivain et de traducteur de son épouse Sarah leur permet de vivre à l'étranger, d'abord en Allemagne puis à Paris. En 1848, l'agitation en France l'incite à retourner en Angleterre. Ils s'installent à Weybridge jusqu'à sa mort en 1859.

2. L'œuvre de John Austin

L'œuvre écrite de John Austin est un peu particulière. Il doit la trace qu'il a laissée dans la pensée juridique à l'insistance et à l'abnégation de son épouse car il n'a à proprement parler jamais rédigé de livres. L'insistance d'abord pour la publication de *The Province* en 1832 et qui reprend sous la forme de six *lectures* son enseignement à l'université de Londres. Il s'agit de l'œuvre majeure d'Austin. Le reste des écrits a été porté à la connaissance du public grâce à l'abnégation de Sarah qui entreprend de publier à titre posthume le reste de ses cours sous le titre *Lectures on Jurisprudence*¹¹. Le livre comporte 57 *lectures* et est le plus souvent publié en deux volumes. Les six premiers correspondent à *The Province*, les autres sont des Cours de jurisprudence restés inachevés. Dans la partie finale de l'ouvrage se trouvent

diverses notes dont un article intitulé *The uses of the Study of Jurisprudence*, très utile à une compréhension rapide de ses objectifs théoriques. John Stuart Mill, qui avait été l'étudiant d'Austin, mesurait mieux que quiconque l'importance d'une présentation de sa conception de la jurisprudence. Il insista auprès de Sarah pour améliorer les *Lectures*. Le texte, issu des notes introductives rédigées par Austin pour ses cours à l'université de Londres, fut d'abord publié sous la forme d'un essai avant d'être intégré aux *Lectures on Jurisprudence* avec, semble-t-il, des modifications apportées par son épouse et certaines suggestions de John Stuart Mill¹². L'ouvrage *Lectures on Jurisprudence*, qui est le plus volumineux de ceux attribués à Austin, a connu cinq éditions (1861, 1863, 1874, 1879 et 1885), ainsi qu'une édition spéciale à destination des étudiants (*Student's edition*)¹³. L'ouvrage original fit enfin l'objet d'une analyse détaillée par Robert Campbell¹⁴.

Il n'existe qu'une seule traduction française d'écrits de Austin. On la doit à G. Henry. Sous le titre « La philosophie du droit positif »¹⁵, il propose la traduction de deux textes. Le premier est *The uses* qu'il nomme « La philosophie du droit positif, son objet, son utilité ». Le second est la leçon d'ouverture dans laquelle Austin donne le programme de son enseignement¹⁶. Il n'existe donc aucune traduction française de *The Province* ou des autres *Lectures on Jurisprudence*. Les études en langue française consacrées à Austin ne sont par ailleurs pas nombreuses. Signalons cependant celle de René Sève

11 J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, Londres, John Murray, Albemarle Street, 1885, 2 vol.

12 W.E. RUMBLE, *Doing Austin Justice*, op. cit., p. 77-79.

13 J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence, or The philosophy of Positive Law*, Student's edition Abridged, Londres, John Murray, 1875, 504 p.

14 G. CAMPBELL, *An analysis of Austin's Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, Londres, John Murray, 1905, 198 p.

15 J. AUSTIN, *La philosophie du droit positif*, op. cit.

16 Le titre anglais de cette introduction est *An Outline of A Course of Lectures on General Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*. (ci-après *Outline*).

intitulée « La théorie du droit selon John Austin. Le positivisme tel qu'il devrait être? »¹⁷.

Outre les ouvrages proprement dits, Austin a signé différents textes qui ne portent pas sur la jurisprudence (ou la philosophie du droit positif). En 1826, il publie un plaidoyer pour la suppression des obstacles à la formation de sociétés à responsabilité limitée¹⁸. Il signe également deux articles dans l'*Edinburgh Review*, l'un portant sur *Das Nationale System der politische Oekonomie* de Friedrich List¹⁹ et l'autre intitulé *Centralisation*²⁰. Plus tard, il écrit un pamphlet intitulé *A Plea for the Constitution* dans lequel il met en garde contre le suffrage populaire et les réformes démocratiques du Parlement²¹. Enfin, comme nous l'avons indiqué plus haut, il signe deux rapports (1834 et 1839) de la *Criminal Law Commission* dont il a fait partie durant deux ans²².

3. La pensée de John Austin

L'essentiel de la pensée de John Austin peut être appréhendé à travers *The Province*, principalement les *Lectures* 1 et 6 dans lesquels il définit le droit positif, la note *The Uses* ainsi que la leçon d'ouverture de ses cours²³. Dans ce dernier texte intitulé *Outline of the course of lectures*, Austin annonce clairement son objectif :

« Preliminary Explanations

I. I shall determine the province of Jurisprudence.

II. Having determined the province of Jurisprudence, I shall distinguish general jurisprudence, or the philosophy of positive law, from what may be styled particular jurisprudence, or the science of particular law: that is to say, the science of any such system of positive law as now actually obtains, or once actually obtained, in a specifically determined nation, or specifically determined nations.

Having distinguished general from particular jurisprudence, I shall show that the study of the former is a necessary of useful preparative to the study of the science of legislation. I shall also endeavour to show, that the study of general jurisprudence might precede or accompany with advantage the study of particular systems of positive law

III. Having determined the province of Jurisprudence, and distinguished general from particular jurisprudence, I shall analyse certain notions which meet us at every step, as we travel through the science of law »²⁴.

General jurisprudence (La jurisprudence générale)

Il est difficile de traduire, non pas au sens littéral mais au sens juridique²⁵, les expressions choisies par

17 R. SEVE, La théorie du droit selon John Austin. Le positivisme tel qu'il devrait être?, in *Du positivisme juridique*, Cahiers de philosophie politique et juridique, université de Caen, 1988, p. 69-83.

18 J. AUSTIN, Joint Stock Companies, *Parliamentary History and Review*, 1826.

19 J. AUSTIN, Friedrich List's *Das Nationale System der politische Oekonomie*, *Edinburgh Review*, vol. 75, 1842.

20 J. AUSTIN, Centralisation, *Edinburgh Review*, vol. 85, 1847.

21 J. AUSTIN, *A Plea for the Constitution*, Londres, John Murray, 2^e éd., 1859, 42 p.

22 J. AUSTIN, C.G. LEWIS, *Reports of the Commission on Criminal Law*, *Parliamentary Papers*, 1839.

23 Notre étude porte presque exclusivement sur ces deux ouvrages.

24 J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, Londres, John Murray, Alebermale Street, 2^e éd., 1861, *Outline*, p. LIX et LX. Voici la traduction de G. Henry: « Explications préliminaires. En premier lieu, je déterminerai le domaine de la jurisprudence. En second lieu, le domaine de la jurisprudence une fois déterminé, je distinguerai la jurisprudence générale ou Philosophie du droit positif de ce qu'on peut appeler la jurisprudence particulière ou la science des législations particulières, c'est-à-dire la science de tout système de droit positif qui est maintenant ou a été autrefois effectivement en vigueur chez une ou des nations spécialement déterminées. En troisième lieu, après avoir déterminé le domaine de la jurisprudence et distingué la jurisprudence générale de la jurisprudence particulière, j'analyserai certaines notions que nous rencontrons à chaque pas quand nous voyageons à travers la science du droit ». J. AUSTIN, *La philosophie du droit positif*, Paris, LGDJ, A. Rousseau, trad. G. Henry, 1894, p. 23-26.

25 Rien ne s'oppose en effet à ce que *general jurisprudence* soit traduit littéralement en jurisprudence générale puisque les termes sont propres à l'auteur. Il s'agit d'ailleurs du titre du premier recueil Dalloz : *Jurisprudence générale du Royaume*, fondée en 1824.

Austin pour constituer l'objet de son analyse. Le terme «*jurisprudence*» est évidemment une notion clef. Dans les pays de *common law*, il a souvent désigné tout à la fois la dogmatique juridique, la philosophie du droit et la théorie du droit²⁶ avant de correspondre de manière plus précise à la «science du droit»²⁷. Une telle traduction ne couvre cependant pas l'usage qu'en fait Austin. Confronté au même problème avec Hart, Michel Van de Kerchove choisit de traduire *jurisprudence* par «théorie générale du droit», estimant qu'elle rend mieux compte de l'ambiguïté du terme²⁸. Il est sans doute plus correct de le traduire de manière générale par science du droit, mais Austin et Hart en donnent un sens plus restrictif qui le rapproche de la seule partie de la science du droit que l'on nomme théorie générale du droit. Austin facilite quelque peu la compréhension puisqu'il imagine différentes expressions comportant le mot *jurisprudence*. Il les définit avec précision et les distingue fortement. Il sépare ainsi *general jurisprudence*, aussi appelée *philosophy of positive law* (philosophie du droit positif), de *particular jurisprudence* qui correspond à l'étude de tel ou tel système de droit positif «qui est maintenant ou a été autrefois effectivement en vigueur chez une ou des nations

spécialement déterminées»²⁹. À l'appui de cette distinction, il se réfère explicitement à Hobbes et au sens que ce dernier, à partir du Digeste, prête au *civil laws*. C'est en le citant qu'il illustre le mieux sa démarcation : «*my design is to show, not what is law here or there, but what law is*»³⁰. L'œuvre de Blackstone se situe ainsi de l'autre côté de la frontière. Cette distinction fondamentale est la clef du cadre conceptuel proposé par Austin.

En français cependant, la distinction est délicate. Elle s'apparente mal à la terminologie usuelle de la philosophie du droit. Si l'on excepte les traductions courantes et que l'on s'en tient aux définitions données par Austin lui-même, il faut mettre de côté l'expression «philosophie du droit positif»³¹ et traduire *jurisprudence* par science du droit, *general jurisprudence* par «théorie générale du droit» et *particular jurisprudence* par science du droit positif français, anglais, allemand... La distinction que propose Austin a un but précis : fonder l'étude de ce qu'il appelle *general jurisprudence*, c'est-à-dire la théorie générale du droit. Ceci explique que dans la doctrine anglosaxonne ultérieure, notamment chez Hart, la jurisprudence soit essentiellement assimilée à son volet général, la «théorie générale du droit». En tant que branche de la science du droit, elle est une analyse du droit, c'est-à-dire seulement une des quatre parties généralement attribuées

26 M. VAN HOECKE, F. OST, *Théorie générale du droit, Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1993, p. 611.

27 E. SERVERIN, *Jurisprudence, Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, op. cit.*, p. 325.

28 Voici ce qu'il écrit dans une note à la préface de l'édition anglaise de *The Concept of Law* : «Nous avons pris le parti de traduire le terme anglais «*jurisprudence*» par «théorie générale du droit», plutôt que par «philosophie du droit» ou «science du droit», comme on le fait parfois. Seul ce terme nous paraît en effet refléter l'ambiguïté dont se trouve *a priori* affectée la jurisprudence anglaise du point de vue de son statut épistémologique (le propos est-il philosophique ou scientifique?), tout en soulignant le niveau de généralité qui est en principe le sien». H.L.A. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1976, (trad. M. Van de Kerchove et J. Van Drooghenbroeck), p. 11.

29 Selon la traduction proposée par G. Henry car le contexte de cette catégorie de jurisprudence est présentée par Austin de la manière suivante : «*as now actually obtains, or once actually obtained, in a specifically determined nation, or specifically determined nations*». *Outline*, p. LIX.

30 «Mon objectif est de montrer, non pas ce que le droit est ici ou là, mais ce que le droit est». *Outline*, p. LX.

31 Austin précise qu'il emprunte l'expression «*philosophy of positive law*» à Hugo et avance qu'il recouvre bien l'objet de son étude. *Outline* p. LIX. Nous la croyons malheureuse car le *general jurisprudence* qu'il met en avant n'est pas plus de la philosophie du droit que de la dogmatique juridique. L'expression s'est pourtant imposée à G. Henry au point d'en faire le titre de l'ouvrage qu'il attribue à Austin. J. AUSTIN, *La philosophie du droit positif, op. cit.*

à la théorie générale du droit³². L'étude du concept de droit, titre de l'ouvrage principal de Hart et objet principal des six premiers *lectures* de Austin, n'en couvre donc qu'une partie, associée à l'analyse consécutive de quelques-uns des principaux concepts juridiques, ceux que Austin dit rencontrer à chaque pas lors du voyage à travers la science de droit³³.

Pour introduire l'objet de son étude et donc présenter ce que nous appellerons la jurisprudence générale³⁴, Austin annonce qu'en dépit des caractéristiques propres à chaque système juridique, il existe des principes, des notions et des distinctions communes aux différents systèmes. L'objet de « sa » jurisprudence se décline donc comme suit :

*« I mean then, by General Jurisprudence, the science concerned with the exposition of the principles, notions, and distinctions which are common to systems of law : understanding by systems of law, the ampler and maturer systems which, by reason of their amplitude and maturity, are pre-eminently pregnant with instruction »*³⁵.

L'objectif de Austin dans l'introduction de sa distinction est d'opérer une clarification jugée nécessaire pour l'étude de l'objet droit. Il s'inscrit ainsi dans le prolongement de la « séparabilité » héritée de Hobbes et déve-

loppée par Bentham. Aussi bien le droit est-il distinct d'autres objets qui lui sont proches, aussi bien l'étude qui se donne pour objet le droit, la science du droit, se doit d'être distinguée des sciences voisines. Le propos est le même chez Kelsen dans les premiers développements de la Théorie pure du droit³⁶. Austin entend clarifier, ose-t-on dire « purifier », l'étude du droit de toutes les autres activités scientifiques qui, si elles sont nécessaires, n'en demeurent pas moins source de confusion dans la détermination de ce qu'est le droit.

The subject of jurisprudence (L'objet de la jurisprudence)

La première phrase de *Lecture 1* de *The Province* est très claire : « *the matter of jurisprudence is positive law* »³⁷. En faisant de l'objet de la jurisprudence le droit positif, Austin incarne le versant du positivisme qui fait du droit positif le seul droit connaissable et susceptible d'une étude objective. La tâche est ardue pour l'époque puisqu'il faut alors le distinguer d'autres objets qui lui sont généralement associés, particulièrement de la morale. Voici quelques lignes de *The Uses* que l'on croirait extraites des premiers chapitres de *Théorie pure du droit* ou de l'introduction à la doctrine du droit de Kant³⁸ :

32 M. VAN HOECKE, F. OST, *Théorie générale du droit, Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, op. cit.*, p. 611.

33 C'est le troisième volet annoncé par Austin dans ses explications préliminaires, *Outline* p. LIX.

34 Dans la suite de cette étude, nous emploierons les expressions austiniennes *general jurisprudence* et *particular jurisprudence* soit en les traduisant littéralement par « jurisprudence générale » ou « jurisprudence particulière » soit par leurs équivalents « théorie générale du droit » et « science de tel ou tel droit positif ».

35 *The Uses*, p. 367. Traduit par G. Henry : « J'entends donc par Jurisprudence générale la science qui a pour objet l'exposition des principes, notions et classifications appartenant en commun aux divers systèmes de droit, je veux dire, à ceux dont le développement est le plus vaste et le plus avancé et qui, en raison même de cette maturité, sont principalement féconds en enseignement ». J. AUSTIN, *La philosophie du droit positif, op. cit.*, p. 23-26.

36 H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, LGDJ, Bruylant, trad. C. Eisenmann, 1999, 2^e éd., 1962, p. 9. Kelsen dénonce l'amalgame ; p. 65sq. Il distingue les différents types de normes justifiant l'existence d'une science spécifique pour les normes juridiques.

37 *The Province, Introduction*, p. 9. La première phrase de *The Uses* est similaire : « *The appropriate subject of jurisprudence, in any of its departments, is positive law* », *The Uses*, p. 365.

38 Il est possible de faire plusieurs rapprochements avec les écrits de Kant. Ainsi, lorsque Kant définit le droit, il affirme qu'il « est lié à la faculté de contraindre » ; et concernant la séparation du droit et de la morale, il est aussi tranché que Austin. Pour lui « ce qui est de droit, c'est-à-dire ce que disent et ont dit des lois en un certain lieu et à une certaine époque, il peut assurément le dire. Mais la question de savoir si ce qu'elles prescrivaient était juste et celle de savoir quel est le critère universel auquel on peut reconnaître le juste et l'injuste lui resteront obscures, s'il n'abandonne pas quelque temps ces principes empiriques et ne cherche pas la source de ces jugements dans la

«Of Laws or Rules there are various classes. Now these classes ought to be carefully distinguished. For the confusion of them under a common name, and the consequent tendency to confound Law and Morals, is one most prolific source of jargon, darkness, and perplexity. By a careful analysis of leading terms, law is detached from morals, and the attention of the student of jurisprudence is confined to the distinctions and divisions which relate to law exclusively»³⁹.

Les premières lignes de son *Lecture 1* consiste à distinguer différentes espèces de règles (*several species of rules*). Austin identifie d'abord les règles faites par Dieu (*Laws set by God*) de celles qui relèvent des hommes (*laws set by men to men*). Parmi les secondes, il distingue ensuite *the positive moral rules* (dépourvus de sanctions juridiques) des *rules* qui constituent le droit positif strictement entendu.

Alors pourtant que la «séparabilité» remonte aux philosophes qui l'ont précédé, la démarcation d'Austin fait de lui l'un des fondateurs de la théorie générale du droit au Royaume-Uni. En tant que juriste «étudiant du droit positif», il restreint le champ de la science du droit et en propose une vue systématique. Dans son œuvre, cette démarche n'est pas la plus contestée, du moins au vu de sa prospérité ultérieure en théorie du droit. En revanche, la définition qu'il donne du droit positif est plus exposée. Austin insiste sur la définition d'éléments communs au(x) droit(s). Ce qu'il appelle «droit positif»

est donc «le droit établi, «*positum*», dans une société politique indépendante, par l'autorité de la volonté expresse ou tacite du souverain ou pouvoir suprême». Quant au droit *stricto sensu*, il recouvre un ensemble de règles qui s'assimilent à des commandements (*commands*). Chaque aspect de cette définition mérite que l'on s'y attarde. Elle renferme à la fois l'attrait de la jurisprudence austinienne ainsi que ses failles.

Laws are commands (les règles juridiques sont des commandements)

Austin précise, les règles juridiques sont des espèces de commandements («*laws or rules are a species of commands*») et il en fait la clef des sciences de jurisprudence («*the key to the sciences of jurisprudence*») ⁴⁰. Pour cerner l'essence du droit, il consacre donc des développements conséquents à la notion de commandement dans son *Lecture 1*. Voici comment il décrit le phénomène qui sous-tend la règle juridique :

«If you express or intimate a wish that I shall do or forbear from some act, and if you will visit me with an evil in case I comply not with your wish, the expression or intimation of your wish is a command»⁴¹.

Le commandement correspond donc à la signification d'un désir mais sa particularité réside dans le mal (*an evil*) infligé en cas de non-obéissance. L'éventualité de la survenance de ce mal génère pour le destinataire du commandement une obligation que Austin nomme *duty*. En cas de non-obéissance, une personne viole à la fois le commandement qui lui a été donné et l'obligation qui en résulte. Le mal qui peut alors survenir est appelé *sanction*.

simple raison». E. KANT, *Métaphysique des mœurs, Première Partie, Doctrine du Droit*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1971, 4^e éd., 1993, p. 103-105.

39 *The Uses*, p. 371. «Il y a des classes diverses de lois ou de règles. Or il faut distinguer ces classes avec soin, car la confusion que l'on en fait sous une dénomination commune, et la tendance qui en résulte à mêler ensemble le Droit et la Morale, constituent une des sources les plus fécondes de logomachie, d'obscurité et d'embarras. Une analyse soigneuse des termes fondamentaux dégagera le Droit de la Morale et limitera l'attention de l'étudiant en jurisprudence aux catégories et divisions qui appartiennent exclusivement au Droit». J. AUSTIN, *La philosophie du droit positif*, op. cit., p. 11.

40 *The Province, Lecture 1*, p. 13.

41 *The Province, Lecture 1*, p. 14. «Si tu exprimes ou ordonnes le souhait que j'agisse ou que je m'abstienne de faire telle ou telle chose, et si tu viens m'infliger un mal dans le cas où je ne me conforme pas à ton souhait, l'expression de ton souhait ou l'ordre donné s'analyse en un commandement».

The sanction connected to the command (la sanction associée au commandement)

Austin propose d'opérer une distinction temporelle pour qualifier les conséquences du commandement : quand il évoque directement la possible survenance d'un mal, il emploie le terme obligation (*duty*) ; quand il désigne immédiatement le mal dont il s'agit, il emploie le terme *sanction*. Comme pour Kelsen après lui, c'est la sanction qui distingue les règles juridiques des règles morales : *positive moral rules « are not positive law : they are not clothed with legal sanctions, nor do they oblige legally the persons to whom they are set »*⁴². Austin parvient donc à une description de la règle juridique que l'on peut résumer comme suit : il existe une règle juridique dès lors qu'une personne a émis un ordre (commandement) et que la survenance d'un mal (*sanction*) est prévue en cas de non-respect de ce commandement, c'est-à-dire plus précisément en cas de non-respect par le destinataire de l'obligation (*duty*) qui découle du commandement. Ce schéma a été abondamment critiqué mais il correspond à peu de chose près à la définition classique de la norme juridique au sein du courant positiviste jusqu'au milieu du ^{xx}e siècle. Mais Austin perçoit que ces caractères distinctifs, comme il les appelle, ne suffisent pas pour distinguer le droit positif d'éléments qui lui sont voisins. La définition n'est donc pas complète sans précisions quant au donneur d'ordres et aux destinataires.

The sovereign and the independent political society (Le souverain et la société politique indépendante)

Austin précise que les commandements, qui sont une composante essentielle des règles juridiques, sont donnés par une personne qui est supérieure à une ou plusieurs autre(s). Il en va ainsi, selon lui, « de Dieu par

rapport à l'homme, du souverain par rapport aux sujets ou aux citoyens, du maître par rapport à l'esclave, du père par rapport au fils »⁴³. La supériorité se mesure à la capacité d'obliger la personne qui reçoit l'ordre en lui infligeant le cas échéant une sanction. Qu'en est-il donc pour les règles juridiques ? Austin donne la réponse dès le début de *The Province* et en développe les termes dans son *Lecture 6* :

*« Every positive law or every law simply and strictly so called, is set by a sovereign person, or sovereign body of persons, to a member or members of the independent political society wherein that person or body is sovereign or supreme »*⁴⁴.

La fixation du périmètre de la jurisprudence implique, pour Austin, que soient précisées les expressions « souveraineté », « soumission » et « société politique indépendante »⁴⁵. Suivons son raisonnement. Il identifie deux signes distinctifs de l'application du droit positif :

1. *The bulk of the given society are in a habit of obedience or submission to a determinate and common superior.*
2. *That certain individual (superior), or that certain body of individuals, is not in a habit of obedience to a determinate human superior.*⁴⁶

⁴³ *The Province, Lecture 1*, p. 24.

⁴⁴ *The Province, Introduction*, p. 9 et *Lecture 5*, p. 193. « Toute règle juridique positive ou toute règle simplement ou strictement entendu, est posée par une personne souveraine, ou un corps souverain d'individus, à destination d'un membre ou de membres de la société politique indépendante dans laquelle cette personne ou corps est souverain ou suprême ».

⁴⁵ *The Province, Lecture 6*, p. 192.

⁴⁶ *The Province, Lecture 6*, p. 194. « 1. La majeure partie d'une société donnée ont l'habitude d'obéir ou de se soumettre au même supérieur déterminé. 2. Cet individu particulier (supérieur), ou ce corps particulier d'individus, n'a pas l'habitude d'obéir à un être supérieur déterminé ».

⁴² *The Province, Lecture 5*, p. 135. « Les règles morales positives ne sont pas du droit positif : elles ne sont pas assorties de sanctions juridiques, pas plus qu'elles n'obligent juridiquement les personnes qui sont destinataires ».

Il en déduit *a contrario* que si une personne qui n'obéit à aucune autre est habituellement obéie par la majeure partie d'une société, alors il est le souverain de cette société. Celle-ci est en conséquence une société politique indépendante. Il illustre ensuite cette affirmation par des exemples dans lesquels il éprouve quatre critères : l'obéissance habituelle (1) par la majeure partie d'une société (2) à un supérieur déterminé (4) qui n'obéit à nul autre (4)⁴⁷. Sur cette base, il appréhende l'ensemble des phénomènes du droit et est conduit à se prononcer sur la nature du droit international.

International law is not positive law (le droit international n'est pas du droit positif)

Austin prend de la hauteur par rapport à son exemple de sociétés politiques indépendantes et en imagine plusieurs interagissant entre elles. Leur relation constitue une nouvelle société qui est « *the province of international law* ». Le champ de ce droit international ne porte cependant pas sur les individus qui composent les différentes sociétés en relation. Le droit international régit le comportement de chaque souverain dans leurs rapports réciproques. Or, l'ensemble de ces souverains ne saurait être dans une obéissance habituelle à l'égard d'un autre. Leur souveraineté les place sur un pied d'égalité. La conséquence est que leur relation n'est pas régie de la même manière qu'au sein d'une même société politique indépendante. Si des commandements existent, ils sont dépourvus des traits distinctifs des règles juridiques positives. Ils n'entraînent aucune obligation juridique, seulement des obligations assorties de sanctions morales : « *the sanction being applied by the government of each community, and not by a superior common to all mankind*. La conclusion d'Austin est alors radicale : « *and this ranks international law with morals rather than with law* »⁴⁸ ou

encore « *The law obtaining between the nations is not positive law* »⁴⁹.

4. Les influences de John Austin

Dans cette ultime partie, nous entendons attirer l'attention sur l'importance historique de la pensée de John Austin. Si de nombreux théoriciens s'en réclament et que d'autres lui doivent beaucoup il ne faut pas oublier qu'Austin lui-même doit presque tout à ses prédécesseurs. Il est cependant plus facile de mesurer l'influence qu'a exercée sa pensée après lui. Rumble a consacré un ouvrage entier à son impact sur l'Angleterre du XIX^e siècle. Mais cette influence est tout aussi prégnante au XX^e siècle. Hart construit son œuvre à partir d'une critique de celui qui occupa avant lui la chaire de jurisprudence. Quant à Kelsen, sa relation au penseur britannique apparaît dans l'ouvrage *Théorie générale du droit et de l'État* paru en 1945 et ce, dès la préface. Notre analyse se portera donc sur le contexte intellectuel de son œuvre puis sur l'influence qu'il a exercée sur Hart et Kelsen.

*L'influence sur Austin de Hobbes, Locke et Bentham*⁵⁰

John Austin est un auteur d'un genre relativement nouveau au moment où il développe sa conception de la jurisprudence. Il ne ressemble ni totalement aux philosophes métaphysiciens qui l'ont précédé, ni à un simple commentateur des lois britanniques. La manière dont il écrit sur le droit offre une synthèse entre les approches non exclusivement juridiques de Hobbes, Locke et Ben-

⁴⁷ *The Province, Lecture 6*, p. 196-200.

⁴⁸ *The Uses*, p. 367.

⁴⁹ *The Province, Lecture 6*, p. 201. « Le droit qui s'établit entre les nations n'est pas du droit positif ».

⁵⁰ Ces trois auteurs sont les plus cités dans *The province*, index, p. 396. Parfois, Austin leur rend grâce de manière appuyée. Page 16, il qualifie Locke et Bentham de « *celebrated writers* ». Page 278, c'est Hobbes qui est mis sur un piédestal : « *I know of no other writer (excepting our great contemporary Jeremy Bentham) who has uttered so many truths*. Souvent cependant, les louanges font office de préalables à l'expression de divergences.

tham et l'analyse purement technique d'un Blackstone. Ainsi, il se préoccupe trop du droit pour verser dans ce qu'il appelle les approches confuses de ses prédécesseurs. Alors que dans le même temps il juge inacceptable de se contenter, en tant qu'étudiant de la jurisprudence, d'un commentaire systématique du droit posé par l'homme, sans autre objectif que celui de l'exhaustivité. En cela, il ouvre la voie à une approche singulière de l'objet juridique qui fait de lui le précurseur de la théorie du droit en Grande-Bretagne. Ce résultat est le fruit de ses efforts pour délimiter le champ juridique, c'est-à-dire l'élimination de tout ce qui ne le concerne pas directement, ainsi que d'une forme d'analyse rigoureuse qui prendra le nom de philosophie analytique. L'originalité de sa pensée rend délicat l'exposé de ses influences et surtout la mesure de leurs parts respectives. On peut toutefois rappeler l'emprunt de l'expression *Philosophy of positive law* à Hugo⁵¹. Austin utilise l'expression comme synonyme de «*general jurisprudence*». Quant à la jurisprudence allemande, Rumble démontre qu'elle n'a pas eu un impact aussi fort que ce que l'on aurait pu croire et que ses véritables influences sont britanniques⁵². Celles-ci ne sont pas très évidentes à établir mais il est possible d'attribuer la paternité de certaines idées aux auteurs qui l'ont influencé⁵³.

Hobbes

L'auteur du Léviathan fait partie de ceux dont la lecture était obligatoire pour Austin⁵⁴. Schématiquement, Austin reçoit en héritage la séparation établie par Hobbes entre la loi de nature et la loi positive, ce qui lui

permet de préciser son objet d'étude et d'en délimiter le champ. Toutefois, en se l'appropriant, Austin propose de diviser les lois en quatre catégories :

1. *The divine laws, or the laws of God: that is to say, the laws which are set by God to his human creatures.*
2. *Positive laws: that is to say, laws which are simply and strictly so called, and which form the appropriate matter of general and particular jurisprudence.*
3. *Positive morality, rules of positive morality, or positive moral rules.*
4. *Laws metaphorical or figurative, or merely metaphorical or figurative*⁵⁵.

Ainsi entendue, la distinction laisse Austin dans une tradition jusnaturaliste hobbesienne. Le jusnaturalisme des penseurs qui l'ont influencé est présent dans *The Province*. D'ailleurs, seuls les *Lectures 1* et *6* portent sur l'analyse exclusive du droit positif. Les trois autres portent sur les lois divines (et leur relation au droit positif), les lois morales, ainsi que le principe d'utilité revisité. Mais à la manière de Hobbes il apporte sa contribution au positivisme en concentrant presque exclusivement sa démarche sur les *positive laws*, c'est-à-dire les seules règles posées par l'homme pour l'homme.

Le lien avec Hobbes se manifeste aussi par une distinction qui apparaît au début de l'*Outline* des *Lectures* et qui justifie la séparation entre jurisprudence générale et jurisprudence particulière. Austin cite un passage du Léviathan dans lequel Hobbes définit les *civil laws* comme étant les lois auxquelles les hommes doivent obéir non parce qu'ils appartiennent à telle ou telle société (*particular*) mais parce qu'ils appartiennent à une société (*general*)⁵⁶. On retrouve ici ce qui différencie rigoureusement selon Austin l'étude de la jurisprudence

51 «*I have borrowed the expression from a treatise by Hugo, a celebrated professor of jurisprudence in the University of Göttingen*». *Outline*, p. LIX.

52 W.E. RUMBLE, *Doing Austin Justice*, op. cit., p. 17.

53 Nous passons sous silence l'influence que Austin a reçue de Paley et Berkeley que Hart considère comme également importante. H.L.A. HART, *Introduction*, in *The Province of Jurisprudence Determined and The uses of the Study of Jurisprudence*, op. cit., p. XVI.

54 Austin explique dans une longue note l'importance de la pensée de Hobbes. *The province, Lecture 6*, p. 296.

55 *The Province*, p. 1.

56 *Outline*, p. LX.

particulière de celle de la jurisprudence générale. Il y a pourtant dans cet emprunt une ambiguïté qui sépare les deux auteurs. La généralité décrite par Hobbes (ce qui est commun à toutes les lois) renvoie à une permanence de contenu des règles juridiques. Selon la société dans laquelle nous vivons, il existerait des règles particulières, c'est-à-dire que l'on ne retrouve nulle part ailleurs, et des règles qui sont les mêmes partout. Ce qui est commun et qui transcende les sociétés serait la part de droit naturel de chaque ordre juridique positif. Austin adhère en partie à ce point de vue et affirme à maintes reprises dans *The Province* que les *positive laws* doivent correspondre au mieux aux lois divines et qu'il s'agit là d'un rôle propre au législateur. D'une certaine manière, ce parti pris l'éloigne du positivisme. Mais l'histoire n'a pas retenu cela de la jurisprudence générale de Austin, sans quoi la voie n'aurait pas été ouverte au normativisme, ou plutôt il n'y aurait finalement aucune corrélation entre la pensée de Austin et celle de Kelsen par exemple. Lorsqu'il indique avec force au début de sa démonstration qu'il existe des aspects spécifiques aux règles juridiques mais aussi des éléments communs⁵⁷, la généralité qu'il désigne ne se situe pas dans le contenu du droit mais dans sa forme. C'est ainsi que pour lui toute règle juridique est commandement, génère des obligations, est assortie d'une sanction éventuelle...

Plus directement, Austin cite abondamment Hobbes au sujet de la notion de « société politique indépendante » et à propos de la notion corrélatrice de souveraineté⁵⁸ pour laquelle il s'inspire aussi des travaux de Grotius⁵⁹. Il ne fait cependant pas que des emprunts à Hobbes. Il lui adresse aussi deux critiques qu'il nomme les erreurs capitales de Hobbes (*the capital errors in*

Hobbes political treatises). La première est l'importance accrue accordée à l'obéissance au gouvernement établi. La seconde est le fondement conventionnel de la souveraineté et la société politique indépendante⁶⁰.

Il n'est pas étonnant dans un tel contexte que Locke ait exercé une influence au moins aussi importante que Hobbes sur Austin.

Locke

Lorsqu'il aborde la genèse de la pensée d'Austin, Rumble précise que de tous les philosophes qui l'ont inspiré, Locke devait sans doute recevoir la première place⁶¹. Il est vrai qu'au détour d'une citation, Austin admet dans *The Province* que Locke est *the « greatest and best of philosophers »*⁶². Les deux principaux emprunts à Locke sont sa conception de la science éthique et surtout son « *distribution of laws proper* ». Austin expose sur de nombreuses pages la classification proposée par Locke et montre ainsi ce qu'il lui doit⁶³. Pour Locke, les règles qui gouvernent les actions humaines sont de trois sortes :

1. *The divine law.*
2. *The civil law.*
3. *The law of opinion or reputation*⁶⁴.

Les premières permettent de déterminer si nos actions sont des péchés ou des devoirs (*sins or duties*), les deuxièmes si nos actions sont criminelles ou permises (*criminal or innocent*) et les dernières si ce sont des vertus ou des vices (*virtues or vices*)⁶⁵. La séparabilité est héritée de Hobbes mais la classification proposée par Locke constitue une clarification salutaire pour Austin qui la

57 « I mean then, by General Jurisprudence, the science concerned with the exposition of the principles, notions, and distinctions which are common to systems of law ». *The Uses*, p. 367.

58 *The Province*, Lecture 6, p. 223 et 347.

59 *The Province*, Lecture 6, p. 213.

60 *The Province*, Lecture 6, p. 277 et 278.

61 W.E. RUMBLE, *Doing Austin Justice*, op. cit., p. 14.

62 *The Province*, Lecture 3, p. 75.

63 *The Province*, Lecture 5, p. 164-171. Page 8, Austin lui en attribue la paternité rendant la filiation évidente.

64 *The Province*, Lecture 5, p. 166.

65 *The Province*, Lecture 5, p. 167.

fait sienne moyennant quelques arrangements. Il retient finalement quatre catégories :

1. *The divine laws, or the laws of God.*
2. *Positive laws.*
3. *Positive morality.*
4. *Laws metaphorical or figurative*⁶⁶.

La justification de la quatrième catégorie ajoutée par Austin suit son analyse de Locke. Elle correspond à des règles de conduite qui impliquent des comportements habituels mais qui ne sauraient être guidés par l'éventualité d'une sanction. Leur forme intermédiaire justifie pour Austin l'emploi de l'adjectif *metaphorical*. La dernière influence majeure que Austin reconnaît est celle de Bentham et elle a cela de particulier qu'ils sont contemporains, sont voisins et amis et ont eu d'innombrables occasions de débattre.

Bentham

L'influence de Bentham est à la fois plus évidente et plus complexe. Austin l'admire et souhaite ardemment que sa doctrine ait la portée la plus large possible. Le fait qu'ils soient contemporains a accentué leur différence et ne met que plus en avant la rupture incarnée par Austin. Celui-ci n'a de cesse de rappeler que son objet est la jurisprudence tandis que Bentham s'intéresse à la philosophie en général et donc seulement accessoirement aux règles juridiques. En cela, Bentham perpétue la tradition des anciens au moment où Austin inaugure une discipline plus restreinte. On passe en somme des sciences en général à la science juridique par une forme de sectorisation voire de cloisonnement de la pensée. Son appropriation du principe d'utilité est cependant à l'image de son

indépendance sur le plan intellectuel. Hart⁶⁷, Rumble⁶⁸ et de nombreux autres lecteurs d'Austin ne manquent pas de rappeler qu'il a progressivement pris ses distances avec Bentham. Sans verser dans un conservatisme extrême, Austin s'écarte du mouvement en faveur de la réforme. Au final, les idées de Bentham ont nourri celles d'Austin qui, en les faisant sienne, leur a ajouté des éléments provenant de sources diverses⁶⁹. Parmi ces éléments, on retrouve la notion de « société politique indépendante » que Austin construit non seulement à partir des travaux de Hobbes mais aussi à partir de la définition benthamienne. Celle-ci inclut l'idée d'une obéissance habituelle à un même maître en ajoutant celle d'une permanence dans la durée. Austin lui reproche d'omettre le critère d'indépendance selon lequel le maître de la société en question ne doit lui-même être en aucune façon dans une situation d'obéissance à l'égard d'autrui⁷⁰. L'autre critique porte sur les quatre catégories de sanctions dégagées par Bentham. Austin considère qu'il commet une erreur en ajoutant aux sanctions religieuses, juridiques et morales celle des sanctions physiques ou naturelles. Parce qu'elles n'interviennent pas en conséquence d'une désobéissance à une règle quelle qu'elle soit, Austin dénie le caractère de sanction aux maux qui peuvent survenir⁷¹. Cette critique lui permet donc de resserrer sa définition de la sanction, en lien avec la notion d'obligation juridique.

L'idée benthamienne qui inspire le plus Austin est le principe d'utilité. Le *Lecture 3* de *The Province* est tout entier consacré au principe, ce qui a de quoi surprendre. D'ailleurs, Austin s'excuse de l'impression qu'il donne de

67 H.L.A. HART, *Introduction, in The Province of Jurisprudence Determined and The uses of the Study of Jurisprudence*, op. cit., p. XVII. Hart indique que pour Austin la doctrine benthamienne est basée sur l'ignorance des classes les plus basses.

68 W.E. RUMBLE, *Doing Austin Justice*, op. cit., p. 15.

69 *Ibid.* Rumble cite sur ce point l'opinion de John Stuart Mill.

70 *The Province, Lecture 6*, p. 212.

71 *The Province, Lecture 6*, p. 180-183.

66 *The Province*, p. 1.

s'écarter de son sujet⁷². Mais il tient pour nécessaire d'accorder de nombreux développements au principe qu'il entend pleinement s'approprier.

Si le principe est pour toujours attaché à Bentham, Austin rappelle que le philosophe ne l'a pas inventé, qu'il existe depuis toujours mais aussi que nul autre que Bentham n'en est parvenu à une présentation aussi claire et aussi complète⁷³. Dans son *Lecture 3*, Austin défend le principe et lui ajoute une part personnelle. Son insistance tient au fait qu'il ne rompt pas totalement avec le jusnaturalisme des philosophes qui l'ont inspiré. Pour Austin, si la jurisprudence générale porte sur ce que le droit est (*what have been and are*), la jurisprudence particulière s'intéresse à ce qu'il doit être (*what they ought to be*). Dans la mesure où la jurisprudence au sens large est la réunion des deux, il affirme que la jurisprudence est la science de ce qui est essentiel au droit, combiné à ce qu'il doit être (*Jurisprudence is the science of what is essential to law, combined with the science of what it ought to be*)⁷⁴. Le point de vue peut paraître ambigu. Il ne pouvait en tout cas être suivi par Hart ou Kelsen après lui qui choisirent de n'appeler science du droit que ce qu'Austin nommait la jurisprudence générale. En cela, ils furent aidés par le fait que l'auteur anglais entendait à tout le moins séparer rigoureusement les deux et souscrivirent fondamentalement à cette autre assertion que l'on peut lire dans son *Lecture 5* et qui symbolise pour partie le courant positiviste :

« *The existence of law is one thing; its merit or demerit is another* »⁷⁵.

L'influence de Austin sur Hart et Kelsen

De Hobbes à Kelsen, la boucle n'est vraiment bouclée que si l'on tient compte du rôle joué par la pensée de Austin. Les efforts de l'auteur britannique ont ouvert la voie à des théories positivistes qui lui doivent beaucoup et qui se sont construites à partir de sa critique. Son importance pour Hart est assez connue. Il est omniprésent dans son ouvrage « *The concept of law* ». L'on connaît cependant un peu moins la filiation que Kelsen établit par rapport à lui. Nous nous arrêterons seulement sur quelques-uns des traits les plus saillants de cette influence.

Hart

Hart occupe la même chaire que Austin à l'université de Londres et cette succession se retrouve jusque dans les moindres détails de sa doctrine. Au début du *Concept de Droit*, il identifie plusieurs questions fondamentales et fait le lien avec Austin. Voici ce qu'il dit : la nature des éléments de réponse et « la place importante qui leur est assignée dans cet ouvrage apparaîtront le plus clairement si nous considérons d'abord en détail les déficiences de la théorie qui a dominé une si grande partie de la théorie générale du droit anglaise, depuis qu'Austin l'a développée »⁷⁶. Hart consacre alors trois chapitres à exposer et à critiquer la doctrine d'Austin qu'il salue comme étant « la tentative la plus nette et la plus approfondie qui fut faite d'analyser le concept de droit »⁷⁷. Mais il indique que la théorie qu'il expose à partir d'Austin diffère de l'original parce qu'il a pris le soin de l'améliorer

72 « *Although it is not the object of this course of lectures to treat of the science of legislation... it was not a deviation from my subject to introduce the principle of utility* ». « Bien que ce ne soit pas l'objet de ce programme d'enseignement de traiter de la science de la législation... ce n'est pas dévier de mon sujet que d'introduire le principe d'utilité ». *The Province*, p. 59.

73 « *He is not, indeed, the inventor of the theory of utility (for that is as old as the human race), but he is the first of all philosophers who has viewed it from every aspect, and has fitted it into practice* ». *The Province, Lecture 4*, p. 113.

74 *The Uses*, p. 372.

75 « L'existence du droit est une chose ; son mérite ou démerite en est une autre ». *The Province, Lecture 5*, p. 184.

76 H.L.A. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1976, (trad. M. Van de Kerchove et J. Van Drooghenbroeck), n° 16, p. 30. Ci-après *Le concept de droit*.

77 *Le concept de droit*, n° 18, p. 33.

en la rendant la plus cohérente possible. Ce faisant il se l'approprie, ce qui lui permet d'asseoir sa conception de l'association de normes primaires et secondaires.

Le premier élément jugé capital par Hart est la définition austinienne de ce qui constitue l'essence du droit : « cette situation dans laquelle une personne donne à une autre un ordre appuyé par des menaces »⁷⁸. Mais immédiatement après il la condamne : « aussi attrayante que puisse paraître cette réduction du phénomène complexe qu'est le droit à ce simple élément, on s'est aperçu, après examen attentif, qu'elle constituait une dénaturation et une source de confusion même dans le cas d'une loi pénale »⁷⁹. Le droit ne se résout donc pas à un ensemble d'« ordres appuyés de menaces ». Hart ne nie pas leur existence et les qualifie même de règles primaires d'obligation mais il aperçoit aussi et surtout des pouvoirs conférés aux individus de modeler leurs relations juridiques avec autrui, au moyen de contrats, testaments, mariages, etc. »⁸⁰. Finalement, les règles primaires d'obligation se complètent selon lui de trois types de règles secondaires : les *rules of recognition*, les *rules of change* et les *rules of adjudication*. Il s'éloigne donc résolument de Austin : « nous émettrons la thèse générale que c'est dans l'articulation de ces deux types de règles que gît ce qu'Austin prétendait à tort avoir trouvé dans la notion d'ordres contraignants, à savoir la clef de la science du droit »⁸¹.

Le deuxième élément sur lequel Hart insiste est l'existence selon Austin d'une « habitude générale d'obéissance »⁸² à un souverain déterminé. Il illustre cette doctrine par l'image d'un Monarque absolu Rex, habituellement obéi par une population qui vit sur un ter-

ritoire⁸³. Minutieusement, il raisonne à partir de ce cas simple qu'il complique progressivement en introduisant les successeurs Rex II et Rex III. Son idée est d'envisager la succession du monarque absolu. Il démontre alors que la définition austinienne du droit est par exemple incapable d'expliquer l'obéissance à Rex II, successeur de Rex. « Le fait que l'on obéisse habituellement à un législateur ne fournit aucune base ni pour affirmer que son successeur a le droit de légiférer, ni pour affirmer empiriquement qu'il est probable qu'il sera obéi »⁸⁴.

De ces critiques fondamentales que nous avons résumées, il s'en suit que Hart ne peut pas suivre Austin dans les autres détails de sa conception du droit, à savoir la notion de souveraineté, de société politique indépendante... Surtout, Hart juge excessif de considérer, comme le fait Austin, que « le droit constitutionnel n'est que de la morale positive »⁸⁵ ou encore que le droit international n'est pas du droit. Mais par-dessus tout il lui reproche de ne pas tirer toutes les conséquences de ses propres analyses notamment en ne les faisant pas porter sur la notion de « règle » ou de « norme » que l'on trouve en germe dans celle de « commandement »⁸⁶. Hart établit cependant la filiation avec Kelsen en affirmant que les idées qui lui ont permis de défendre la théorie d'Austin « ont été avancées par Austin lui-même, bien que ce ne soit, dans certains cas, que sous une forme sommaire et d'une manière embryonnaire, anticipant sur des doctrines d'auteurs plus récents tels que Kelsen »⁸⁷.

78 *Le concept de droit*, n° 7, p. 19.

79 *Le concept de droit*, n° 7, p. 20.

80 *Le concept de droit*, n° 28, p. 45.

81 *Le concept de droit*, n° 79, p. 105.

82 *Le concept de droit*, n° 23, p. 39.

83 *Le concept de droit*, n° 51, p. 73.

84 *Le concept de droit*, n° 59, p. 82.

85 *Le concept de droit*, n° 1, p. 13.

86 H.L.A. HART, *Introduction*, in *The Province of Jurisprudence Determined and The uses of the Study of Jurisprudence*, op. cit., p. XI et XII.

87 *Le concept de droit*, n° 237, p. 285.

Kelsen

Le seul ouvrage dans lequel Kelsen fait référence à Austin est « *Théorie générale du droit et de l'État* ». Dès la préface, il admet une certaine continuité :

« La théorie pure du droit suit en principe la même orientation que la science du droit dite analytique. À l'instar de John Austin et de ses célèbres *Lectures on Jurisprudence*, la théorie pure s'attache à obtenir ses résultats grâce à la seule analyse du droit positif »⁸⁸.

Comme Austin, Kelsen entend purger la science du droit des trop nombreuses confusions qui l'affectent⁸⁹. Ils identifient tous deux un objet spécifique qui justifie une étude particulière (ici *jurisprudence*, là *wissenschaft des rechtes*). La ressemblance se retrouve aussi dans l'objet de la science du droit. Pour Austin, la règle juridique s'analyse en un commandement assorti de la menace d'une sanction. Pour Kelsen, la « norme juridique » n'est pas que commandement⁹⁰. Elle se compose d'une habilitation, d'une permission ou d'une prescription⁹¹, assortie d'une sanction juridiquement organisée⁹². Le signe distinctif que constitue la sanction est essentiel dans la thèse des deux auteurs. Austin fut un précurseur en la matière. Mais Kelsen lui reproche précisément de n'avoir pas prolongé son raisonnement.

« Après avoir compris que la sanction est un élément essentiel du droit, il aurait dû définir la règle juridique comme un commandement prescrivant une sanction. Faute d'y parvenir, il s'est perdu en contradictions »⁹³.

Après ces remarques, Kelsen poursuit son analyse des *Lectures* pour inverser le raisonnement qui considère le commandement comme un point de départ, lui préférant celui qui se concentre sur la sanction. À de maintes reprises sa démarche dans *Théorie générale du droit et de l'État* consiste à partir des affirmations de Austin, de les critiquer puis de construire son propre raisonnement. Outre les développements sur la sanction, cela s'applique à la nature de l'obligation, Kelsen reprochant à Austin de confondre l'obligation juridique et l'obligation psychologique⁹⁴. Il en va enfin aussi de ce qu'il appelle les « éléments sociologiques de la théorie analytique du droit chez Austin »⁹⁵.

Finalement, après avoir salué l'effort accompli par Austin pour purifier la science du droit, Kelsen s'inscrit dans la même démarche et s'évertue à approfondir la *jurisprudence* des *Lectures*. On pourrait toutefois relativiser le rapport entre les deux auteurs en suggérant que Kelsen ne cite Austin dans *Théorie générale du droit et de l'État* que pour s'adresser au public anglo-saxon visé par l'ouvrage. C'est en quelque sorte ce qu'il annonce dans la préface : « il s'agit en premier lieu de présenter les éléments essentiels de ce que je regroupe sous le titre de « théorie pure du droit » de façon à rendre celle-ci intelligible aux lecteurs formés dans la tradition de la *Common Law* ». Ce n'est pourtant pas notre sentiment. Sans doute les ressemblances et autres similitudes peuvent-elles être parfois trompeuses lorsqu'il s'agit de relier plusieurs auteurs voire d'établir leur filiation intellectuelle. Il n'en demeure pas moins que la jurisprudence de John Austin constitue un tournant dans l'histoire de la théorie générale du droit et que l'on aurait tort de l'ignorer.

88 H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État suivi de La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, Paris, Bruylant, LGDJ, éd. de 1945 et 1928, 1997, p. 47.

89 Comparer H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 9, et J. Austin, *The Uses*, p. 371.

90 Dans *Théorie générale du droit et de l'État*, Kelsen commence cependant par raisonner sur la définition de Austin (« toute loi ou règle est un ordre ») avant de s'en écarter. p. 81 sq.

91 *Théorie pure du droit*, p. 23.

92 *Théorie pure du droit*, p. 70.

93 *Théorie générale du droit et de l'État*, p. 113.

94 *Théorie générale du droit et de l'État*, p. 121.

95 *Théorie générale du droit et de l'État*, p. 224.